

TE Vwgh Erkenntnis 2014/10/27 2013/04/0104

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.10.2014

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3;
VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Dr. Mayr sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Beschwerde der G Ges.m.b.H. in M, vertreten durch die Mayer Strehn Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Wipplingerstraße 32, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 12. Juni 2013, Zl. F/0005- BVA/02/2011-39, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (weitere Partei: Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft; mitbeteiligte Parteien: 1. Republik Österreich (Bund), 2. B GmbH, beide in W, beide vertreten durch die Finanzprokurator in 1011 Wien, Singerstraße 17-19), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Zur Vorgeschichte wird auf das hg. Erkenntnis vom 6. März 2013, Zlen. 2011/04/0115, 0130 und 0139, verwiesen.

1.1. In diesem Erkenntnis wird zu der teilweisen Nichtigerklärung der Ausschreibung der mitbeteiligten Auftraggeber wie folgt ausgeführt:

"I.

1. Ausschreibung:

1.1. Am 23. Juli 2010 veröffentlichten die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) als öffentliche Auftraggeber (im Folgenden: Auftraggeber) die Bekanntmachung zur Auftragsvergabe 'Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359' national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung (L-476642-0720) sowie europaweit im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften (2010/S 141-217311).

Laut Bekanntmachung handelte es sich um ein offenes Verfahren, der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden.

Inhalt der Ausschreibung war der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer über einen Lieferauftrag in zwei Losen (Los Nr. 1 Region Ost: Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark und Los Nr. 2 Region West: Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Tirol, Vorarlberg) mit einer Laufzeit von 36 Monaten beginnend ab dem 1. Jänner 2011 und einer einmaligen Verlängerungsoption um weitere 12 Monate.

1.2. Diese Ausschreibung wurde insgesamt viermal berichtigt (und zwar am 10. August 2010, am 25. August 2010, am 2. September 2010 und am 24. September 2010). Die Frist für den Eingang der Angebote wurde mit der dritten Berichtigung der Ausschreibung auf den 5. Oktober 2010 erstreckt.

1.3. Die Beschwerdeführerin bekundete ihr Interesse an dieser Ausschreibung durch Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen und wurde daher auch von den Berichtigungen der Ausschreibung (per email) verständigt. Ein Angebot in diesem Vergabeverfahren legte die Beschwerdeführerin nicht.

2. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3. Dezember 2010:

...

2.2. Mit dem ... Bescheid vom 3. Dezember 2010 wurde ... nach Ablauf der (bis zum 5. Oktober 2010) verlängerten Angebotsfrist

... (d)em Eventualantrag der Beschwerdeführerin ... insoweit

stattgegeben, als näher bezeichnete Inhalte der Ausschreibung in der Fassung der zweiten Berichtigung der Ausschreibung für nichtig erklärt wurden.

Die nichtig erklärten Inhalte betrafen Zusatzbezeichnungen bei den Spezifikationen für das ausgeschriebene Hygienepapier, welche nach Ansicht des Bundesvergabeamtes mangels technischer Normen nicht eindeutig gewesen seien und damit unter anderem nicht die Gleichbehandlung der Bieter gewährleisteten.

Weiters betrafen die für nichtig erklärten Teile der Ausschreibung die Festlegung eines Leitproduktes für die ausgeschriebenen Rollenhandtücher, da es sich nach Auffassung des Bundesvergabeamtes bei den Rollenhandtüchern nicht um Auftragsgegenstände handelte, die ausschließlich durch die Bezeichnung des bisher vom Auftraggeber verwendeten Produktes hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden konnten, sodass unter anderem die Gleichbehandlung der Bieter nicht gewährleistet war.

Letztlich wurden auch Festlegungen in der Ausschreibung betreffend die Mindestblattbreite der ausgeschriebenen Küchenrollen bzw. Servietten für nichtig erklärt, da das in der Ausschreibung vorgesehene Mindestmaß nicht dem üblichen Standard entspreche und keine sachlichen Gründe für das Bundesvergabeamt erkennbar gewesen und vom Auftraggeber aufgezeigt worden seien, welche dieses Mindestmaß rechtfertigten.

...

II.römisch zwei.

...

1. Zum angefochtenen Bescheid vom 3. Dezember 2010 (Zl. 2011/04/0139):

Wesentlich ist, dass im Spruchpunkt II. dieses angefochtenen Bescheides einem Eventualantrag der Beschwerdeführerin stattgegeben wurde und gestützt auf § 325 Abs. 2 des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVerG 2006), die angefochtene Ausschreibung (in der Fassung der zweiten Berichtigung) teilweise für nichtig erklärt wurde. Die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides, mit denen die sonstigen (darüber hinausgehenden) Anträge auf Nichtigerklärung (unter anderem der gesamten Ausschreibung) bzw. Pauschalgebührenersatz zurück- bzw. abgewiesen wurden, stehen mit diesem Spruchpunkt in einem untrennbaren Zusammenhang. Wesentlich ist, dass im Spruchpunkt römisch zwei. dieses angefochtenen Bescheides einem Eventualantrag der Beschwerdeführerin stattgegeben wurde und gestützt auf Paragraph 325, Absatz 2, des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG 2006), die angefochtene Ausschreibung (in der Fassung der zweiten Berichtigung) teilweise für nichtig erklärt wurde. Die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides, mit denen die sonstigen (darüber hinausgehenden) Anträge auf Nichtigerklärung (unter anderem der gesamten Ausschreibung) bzw. Pauschalgebührenersatz zurück- bzw. abgewiesen wurden, stehen mit diesem Spruchpunkt in einem untrennbaren Zusammenhang.

Gemäß § 325 Abs. 2 BVerG 2006 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVerG 2006 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

§ 325 Abs. 2 BVerG 2006 sieht somit als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2010, Zl. 2008/04/0077, und vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128). Paragraph 325, Absatz 2, BVerG 2006 sieht somit als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vergleiche, die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2010, Zl. 2008/04/0077, und vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128).

Die Beschwerdeführerin hat die vorliegende Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren bei der belangten Behörde angefochten, selbst jedoch kein Angebot gelegt (eine solche Vorgangsweise entspricht nach der Rechtsprechung des EuGH der Richtlinie 89/665/EWG: vgl. das Urteil des EuGH vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG gegen Republik Österreich, Slg. 2004, I-01829, Randnr. 28; vgl. aus der darauf verweisenden hg. Rechtsprechung zum Nachprüfungsverfahren das Erkenntnis vom 26. September 2012, Zl. 2008/04/0161, mwN). Die Beschwerdeführerin hat die vorliegende Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren bei der belangten Behörde angefochten, selbst jedoch kein Angebot gelegt (eine solche Vorgangsweise entspricht nach der Rechtsprechung des EuGH der Richtlinie 89/665/EWG: vergleiche, das Urteil des EuGH vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG gegen Republik Österreich, Slg. 2004, I-01829, Randnr. 28; vergleiche, aus der darauf verweisenden hg. Rechtsprechung zum Nachprüfungsverfahren das Erkenntnis vom 26. September 2012, Zl. 2008/04/0161, mwN).

Durch den bei der belangten Behörde eingelangten Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin hat diese entsprechend der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag bekundet.

Der belangten Behörde musste daher bewusst sein, dass durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin, angesprochen wird.

Damit war aber nach der oben dargestellten Rechtslage des § 325 Abs. 2 BVergG 2006 eine Streichung dieser Spezifikationen nach dem BVergG 2006 unzulässig. Vielmehr hätte die belangte Behörde die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gehabt. Damit war aber nach der oben dargestellten Rechtslage des Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 eine Streichung dieser Spezifikationen nach dem BVergG 2006 unzulässig. Vielmehr hätte die belangte Behörde die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gehabt.

Dieser angefochtene Bescheid war daher im gesamten Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. "Dieser angefochtene Bescheid war daher im gesamten Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben."

1.2. Der nunmehr angefochtene Bescheid ist im fortgesetzten Verfahren nach der Aufhebung des Bescheides vom 24. Mai 2011 mit dem hg. Erkenntnis vom 6. März 2013, Zlen. 2011/04/0115, 0130 und 0139, ergangen.

Zu dieser Aufhebung und der Fortführung des Vergabeverfahrens durch die mitbeteiligten Auftraggeber nach der teilweisen Nichtigerklärung der Ausschreibung wird in diesem Erkenntnis wie folgt ausgeführt:

"I.

...

3. Abschluss der Rahmenvereinbarung:

3.1. Bis zum Ablauf der (verlängerten) Angebotsfrist langten insgesamt fünf Angebote von fünf verschiedenen Bietern bei der vergebenden Stelle ein. Die Beschwerdeführerin legte kein Angebot.

Nach Angebotsöffnung und Abschluss der Angebotsbewertung wurde am 20. Jänner 2011 die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, an alle fünf Bieter bekanntgegeben. Diese Entscheidung blieb unbekämpft.

3.2. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung zwischen den Auftraggebern und einem Unternehmen erfolgte am 1. Februar 2011. Dieser Abschluss wurde europaweit im Supplement des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften (2011/S 27-043101) und national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung (L-484878-128) bekannt gemacht.

...

5. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. Mai 2011:

5.1. Zusätzlich ... stellte die Beschwerdeführerin den

Antrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei, und möge die Nichtigerklärung des gesamten Vertrages, in eventuelle weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventuelle Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 aussprechen. Antrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei, und möge die Nichtigerklärung des gesamten Vertrages, in eventuelle weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventuelle Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 aussprechen.

Diesen Feststellungsantrag begründete die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, wegen des Fehlens eines Widerrufs der Ausschreibung oder einer Verlängerung der Angebotsfrist durch die Auftraggeber habe für die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit bestanden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Damit entspreche der vorliegende Fall jenen Fällen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung (Urteile des EuGH vom 29. April 2004 'Succi di Frutta', vom 19. Juni 2008 'presstext' und vom 13. April 2010 'Wall') entschieden habe. Nach dieser Rechtsprechung sei eine nachträgliche Änderung eines bereits abgeschlossenen Leistungsvertrages als ein rechtswidriges, weil ohne Bekanntmachung vorgenommenes, neues Vergabeverfahren anzusehen, wenn diese

Änderung im Vergleich zu den ursprünglichen Bedingungen dazu führe, dass andere als die ursprünglich zugelassenen Bieter zugelassen würden oder ein erheblich abweichendes Angebot abgegeben bzw. angenommen bzw. ein anderes als das ursprünglich angenommene Angebot erlaubt werde.

5.2. Mit dem ... Bescheid ... vom 24. Mai 2011 wurde dieser

Antrag ... abgewiesen ...

...

II.römisch zwei.

...

3. Zum angefochtenen Bescheid vom 24. Mai 2011 (Zl. 2011/04/0130):

Hier ist wesentlich, dass die belangte Behörde ihre Entscheidung ausdrücklich auf die mit Bescheid vom 3. Dezember 2010 verfügte Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung stützt, durch welche nach Auffassung der belangten Behörde kein weiterer Handlungsbedarf bei den mitbeteiligten Auftraggebern bestehe.

Auf Grund der mit § 42 Abs. 3 VwGG angeordneten ex-tunc-Wirkung der nunmehrigen Aufhebung dieses Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof (vgl. zu dieser und den Auswirkungen auf ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren ausführlich das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2012, Zlen. 2010/04/0139 und 2012/04/0063, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird) kann der Bescheid vom 24. Mai 2011 schon aus diesem Grund keinen Bestand haben. Auf Grund der mit Paragraph 42, Absatz 3, VwGG angeordneten ex-tunc-Wirkung der nunmehrigen Aufhebung dieses Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof vergleiche, zu dieser und den Auswirkungen auf ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren ausführlich das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2012, Zlen. 2010/04/0139 und 2012/04/0063, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen wird) kann der Bescheid vom 24. Mai 2011 schon aus diesem Grund keinen Bestand haben.

Auch dieser Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 1 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. "Auch dieser Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben."

2. Mit dem (nach Aufhebung des Bescheides vom 24. Mai 2011 mit Zl. 2011/04/0130) im fortgesetzten Verfahren ergangenen, nunmehr wiederum beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid des Bundesvergabeamtes (belangte Behörde) vom 12. Juni 2013 wurde - soweit beschwerderelevant -

der Antrag der Beschwerdeführerin vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde" abgewiesen (Spruchpunkt I.), der Antrag der Beschwerdeführerin vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde" abgewiesen (Spruchpunkt römisch eins.),

der Antrag der Beschwerdeführerin vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge die Nichterklärung des gesamten Vertrages, in eventu die weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 aussprechen" zurückgewiesen (Spruchpunkt II.) der Antrag der Beschwerdeführerin vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge die Nichterklärung des gesamten Vertrages, in eventu die weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 aussprechen" zurückgewiesen (Spruchpunkt römisch zwei.)

sowie dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Rückzahlung der zu Unrecht entrichteten zweiten Pauschalgebühr von EUR 1.660,-

stattgegeben und das darüber hinausgehende Begehren auf Rückzahlung von "zuzüglich 4 % Zinsen p. A." abgewiesen (Spruchpunkt III.). stattgegeben und das darüber hinausgehende Begehren auf Rückzahlung von "zuzüglich 4 % Zinsen p. A." abgewiesen (Spruchpunkt römisch drei.).

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, mit dem unter Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides wiedergegebenen Begehren werde von der Beschwerdeführerin eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 beantragt. Voraussetzung für eine solche Feststellung sei, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige

Bekanntmachung in rechtswidriger Weise durchgeführt und mittels Zuschlagserteilung beendet worden sei. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, mit dem unter Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides wiedergegebenen Begehren werde von der Beschwerdeführerin eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 beantragt. Voraussetzung für eine solche Feststellung sei, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung in rechtswidriger Weise durchgeführt und mittels Zuschlagserteilung beendet worden sei.

Der vorliegend zu beurteilende Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG 2006 sei jedoch in einem offenen Verfahren europaweit bekannt gemacht worden. Nachdem seitens der belangten Behörde mit Bescheid vom 3. Dezember 2010 einzelne Anforderungen in der Ausschreibung für nichtig erklärt worden seien, hätten die mitbeteiligten Auftraggeber die Angebotsbewertung durchgeführt und gegenüber allen Bietern mittels Telefax die Auswahlentscheidung zum Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung bekannt gegeben. Diese gesondert anfechtbare Entscheidung der mitbeteiligten Auftraggeber sei unbekämpft geblieben. Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung sei europaweit am 9. Februar 2011 erfolgt. Der vorliegend zu beurteilende Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG 2006 sei jedoch in einem offenen Verfahren europaweit bekannt gemacht worden. Nachdem seitens der belangten Behörde mit Bescheid vom 3. Dezember 2010 einzelne Anforderungen in der Ausschreibung für nichtig erklärt worden seien, hätten die mitbeteiligten Auftraggeber die Angebotsbewertung durchgeführt und gegenüber allen Bietern mittels Telefax die Auswahlentscheidung zum Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung bekannt gegeben. Diese gesondert anfechtbare Entscheidung der mitbeteiligten Auftraggeber sei unbekämpft geblieben. Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung sei europaweit am 9. Februar 2011 erfolgt.

Die Beschwerdeführerin stütze ihren Antrag zu Spruchpunkt I. im Wesentlichen auf die Annahme, dass das oben dargestellte weitere Vorgehen der mitbeteiligten Auftraggeber, das Vergabeverfahren nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung nur mit jenen Bietern fortgesetzt zu haben, welche schon zuvor - also noch vor der Teilnichterklärung der Ausschreibung - ein Angebot abgegeben hätten, als ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu interpretieren sei. Die Beschwerdeführerin stütze ihren Antrag zu Spruchpunkt römisch eins. im Wesentlichen auf die Annahme, dass das oben dargestellte weitere Vorgehen der mitbeteiligten Auftraggeber, das Vergabeverfahren nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung nur mit jenen Bietern fortgesetzt zu haben, welche schon zuvor - also noch vor der Teilnichterklärung der Ausschreibung - ein Angebot abgegeben hätten, als ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu interpretieren sei.

Jedoch habe ein Auftraggeber, der sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden habe, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen. Ein Wechsel des Verfahrenstypus während des Verfahrens sei unzulässig.

Die Hypothese der Beschwerdeführerin, das ursprünglich als offenes Verfahren ordnungsgemäß bekannt gemachte und mittlerweile durch Abschluss der Rahmenvereinbarung abgeschlossene Vergabeverfahren sei auf Grund der weiteren Handlungsweise der mitbeteiligten Auftraggeber im Zuge der Fortsetzung dieses Vergabeverfahrens nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung als Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu werten, finde keine Grundlage im BVergG 2006 und der dazu ergangenen Rechtsprechung.

Schon aus diesem Grund bleibe auch für eine analoge Anwendung der von der Beschwerdeführerin angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) "Socchi di Frutta" und "presstext" kein Raum.

Da es sich bei dem hier zu beurteilenden und bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren um kein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handle, sei das Feststellungsbegehren mit Spruchpunkt I. abzuweisen gewesen. Da es sich bei dem hier zu beurteilenden und bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren um kein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handle, sei das Feststellungsbegehren mit Spruchpunkt römisch eins. abzuweisen gewesen.

Auf jene Aspekte des umfangreichen Vorbringens der Beschwerdeführerin, welche sich auf die rechtliche Beurteilung der von den mitbeteiligten Auftraggebern gesetzten bzw. unterbliebenen Handlungen nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung bezögen, sei nicht mehr einzugehen. Sodann verwies die belangte Behörde auf den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. April 2013, GZ F/0004-BVA/02/2011-29, mit welchem dem Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 (richtig: Z 1) BVergG 2006 mittlerweile stattgegeben worden sei (dieser

Bescheid wurde beim Verwaltungsgerichtshof nicht mehr angefochten). Auf jene Aspekte des umfangreichen Vorbringens der Beschwerdeführerin, welche sich auf die rechtliche Beurteilung der von den mitbeteiligten Auftraggebern gesetzten bzw. unterbliebenen Handlungen nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung bezögen, sei nicht mehr einzugehen. Sodann verwies die belangte Behörde auf den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. April 2013, GZ F/0004-BVA/02/2011-29, mit welchem dem Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, (richtig: Ziffer eins,) BVergG 2006 mittlerweile stattgegeben worden sei (dieser Bescheid wurde beim Verwaltungsgerichtshof nicht mehr angefochten).

Zu Spruchpunkt II. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, den mit § 312 Abs. 3 Z 6 und Z 7 BVergG 2006 gesetzlich vorgegebenen Befugnissen der belangten Behörde, bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen einen Vertrag für nichtig zu erklären oder aufzuheben bzw. Sanktionen zu verhängen, stehe kein Parteirecht, diese Zuständigkeiten der belangten Behörden zu beantragen, gegenüber. Der Gesetzgeber habe für diese "Ermächtigungen" der belangten Behörde im § 331 BVergG 2006 keine Antragslegitimation vorgesehen. Zu Spruchpunkt römisch zwei. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, den mit Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 6 und Ziffer 7, BVergG 2006 gesetzlich vorgegebenen Befugnissen der belangten Behörde, bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen einen Vertrag für nichtig zu erklären oder aufzuheben bzw. Sanktionen zu verhängen, stehe kein Parteirecht, diese Zuständigkeiten der belangten Behörden zu beantragen, gegenüber. Der Gesetzgeber habe für diese "Ermächtigungen" der belangten Behörde im Paragraph 331, BVergG 2006 keine Antragslegitimation vorgesehen.

Daher seien die Anträge auf Nichtigerklärung und weitestgehende Aufhebung des Vertrages sowie Verhängung einer Geldbuße mit Spruchpunkt II. als unzulässig zurückzuweisen gewesen. Daher seien die Anträge auf Nichtigerklärung und weitestgehende Aufhebung des Vertrages sowie Verhängung einer Geldbuße mit Spruchpunkt römisch zwei. als unzulässig zurückzuweisen gewesen.

Zum abweislichen Teil des Spruchpunktes III. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, eine Verzinsung von bereits entrichteten, übergebührlchen und von Amts wegen zurückzuerstattenden Pauschalgebühren gehe aus § 318 Abs. 1 Z 7 letzter Satz BVergG 2006 nicht hervor. Daher sei dieses Begehren abzuweisen gewesen. Zum abweislichen Teil des Spruchpunktes römisch drei. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, eine Verzinsung von bereits entrichteten, übergebührlchen und von Amts wegen zurückzuerstattenden Pauschalgebühren gehe aus Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 7, letzter Satz BVergG 2006 nicht hervor. Daher sei dieses Begehren abzuweisen gewesen.

4. Gegen die Spruchpunkte I. und II. sowie den abweislichen Teil des Spruchpunktes III. des angefochtenen Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde. 4. Gegen die Spruchpunkte römisch eins. und römisch zwei. sowie den abweislichen Teil des Spruchpunktes römisch drei. des angefochtenen Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde.

5. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligten Parteien - eine Gegenschrift.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Vorauszuschicken ist, dass es sich vorliegend um keinen Übergangsfall nach dem VwGbk-ÜG handelt und somit gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden sind. 1. Vorauszuschicken ist, dass es sich vorliegend um keinen Übergangsfall nach dem VwGbk-ÜG handelt und somit gemäß Paragraph 79, Absatz 11, letzter Satz VwGG die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden sind.

2. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG 2006), lauten wie folgt: 2. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006), lauten wie folgt:

"Zuständigkeit

§ 312. ... Paragraph 312, ...

1. (3) Absatz 3, Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zuständig

...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

...

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigkeitklärung oder Aufhebung des Vertrages; 6. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Nichtigkeitklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7. 7. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7,

...

Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dassParagraph 331, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

...

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

...

Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen

gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 bis 4 beantragen.gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins bis 4 beantragen.

...

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigkeitklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Paragraph 334, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins und 5 und Absatz 4, Ziffer eins und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

1. (2)Absatz 2,Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.Soweit in diesem Absatz und in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des

Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

2. (3) Absatz 3, Soweit in den Abs. 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts offenkundig unzulässig war. Soweit in den Absatz 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts offenkundig unzulässig war.
3. (4) Absatz 4, Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Absatz 5, nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.
4. (5) Absatz 5, Das Bundesvergabeamt kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesvergabeamt hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen. Das Bundesvergabeamt kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesvergabeamt hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.
5. (6) Absatz 6, Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß Abs. 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses - auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen - überwiegt. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß Absatz 3, oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses - auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen - überwiegt.
6. (7) Absatz 7, Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu. Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.
7. (8) Absatz 8, Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in

welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."

3. Die belangte Behörde begründete Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides im Wesentlichen mit der Auffassung, das weitere Vorgehen der mitbeteiligten Auftraggeber, die das Vergabeverfahren nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung (mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. Dezember 2010) nur mit jenen Bietern fortgesetzt haben, die schon vor der Teilnichterklärung der Ausschreibung ein Angebot abgegeben hatten, sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht als ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des § 312 Abs. 3 Z 3 bzw. § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zu interpretieren. 3. Die belangte Behörde begründete Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides im Wesentlichen mit der Auffassung, das weitere Vorgehen der mitbeteiligten Auftraggeber, die das Vergabeverfahren nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung (mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. Dezember 2010) nur mit jenen Bietern fortgesetzt haben, die schon vor der Teilnichterklärung der Ausschreibung ein Angebot abgegeben hatten, sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht als ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, bzw. Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu interpretieren.

Diese Auffassung begründet die belangte Behörde im Wesentlichen damit, die mitbeteiligten Auftraggeber hätten sich in der Ausschreibung des zugrundeliegenden Lieferauftrages für den Verfahrenstypus des offenen Verfahrens entschieden.

Ein Wechsel dieses Verfahrenstypus sei während des Verfahrens unzulässig. Die weitere Handlungsweise der mitbeteiligten Auftraggeber als Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu werten, finde keine Grundlage im BVergG 2006. Auch für eine analoge Anwendung der von der Beschwerdeführerin angeführten Rechtsprechung des EuGH bleibe nach Auffassung der belangten Behörde kein Raum.

4. Die Beschwerdeführerin wendet gegen diese Auffassung auf das Wesentliche zusammengefasst ein, bei der nach der Teilnichterklärung der Ausschreibung vorgenommenen Handlungsweise der mitbeteiligten Auftraggeber handle es sich sehr wohl um eine "Neuvergabe" infolge analoger Anwendung der Rechtsprechung des EuGH. Dabei beruft sich Beschwerdeführerin auf die Urteile des EuGH vom 29. April 2004 in der Rechtssache C- 469/99 P, "Succhi di Frutta", vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-454/06, "presstext Nachrichtenagentur GmbH" und vom 13. April 2010 in der Rechtssache C-91/08, "Wall AG". Zwar unterscheide sich der vorliegende Sachverhalt auch nach Auffassung der Beschwerdeführerin von der Thematik, welche der Rechtsprechung des EuGH zu Grunde liege, durch zwei Eigenschaften: Zum einen seien vorliegend die Änderungen nicht am bereits abgeschlossenen Vertrag, sondern an der Ausschreibung eines nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens vorgenommen worden. Zum anderen seien die Änderungen nicht durch den Auftraggeber, sondern durch die Vergabekontrollbehörde vorgenommen worden. Beide Eigenschaften seien aber nach Auffassung der Beschwerdeführerin nicht relevant, wobei sich die Beschwerdeführerin auf weitere Rechtsprechung des EuGH im Urteil vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-337/98, Kommission/Frankreich, und vom 11. Juli 2013 in der Rechtssache C- 576/10, Kommission/Niederlande, beruft.

5. Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerdeführerin eine inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf:

5.1. Im vorliegenden Fall geht es alleine darum, ob mit der Fortführung des Vergabeverfahrens durch die mitbeteiligten Auftraggeber nach der teilweisen Nichtigerklärung der Ausschreibung der Feststellungstatbestand des § 312 Abs. 3 Z 3 (bzw. § 331 Abs. 1 Z 2) BVergG 2006 erfüllt ist und in diesem Sinne ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. 5.1. Im vorliegenden Fall geht es alleine darum, ob mit der Fortführung des Vergabeverfahrens durch die mitbeteiligten Auftraggeber nach der teilweisen Nichtigerklärung der Ausschreibung der Feststellungstatbestand des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, (bzw. Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2,) BVergG 2006 erfüllt ist und in diesem Sinne ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

Die Beantwortung dieser Frage hat - auch wenn die Beschwerdeführerin zusätzlich (gemäß § 331 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006) einen Antrag auf Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006 gestellt hat und nach den

Feststellungen des angefochtenen Bescheides diesem Antrag auch stattgegeben wurde - für eine allfällige Nichtigserklärung des Vertrages Bedeutung, weil die in § 334 Abs. 2 ff BVergG 2006 genannte Nichtigserklärung des Vertrages und Verhängung von Sanktionen nur im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5, jedoch nicht nach Z 1 leg. cit. vorgesehen sind. Die Beantwortung dieser Frage hat - auch wenn die Beschwerdeführerin zusätzlich (gemäß Paragraph 331, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006) einen Antrag auf Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 gestellt hat und nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides diesem Antrag auch stattgegeben wurde - für eine allfällige Nichtigserklärung des Vertrages Bedeutung, weil die in Paragraph 334, Absatz 2, ff BVergG 2006 genannte Nichtigserklärung des Vertrages und Verhängung von Sanktionen nur im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5, jedoch nicht nach Ziffer eins, leg. cit. vorgesehen sind.

5.2. Eine Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 kommt nur in Betracht, wenn die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) rechtswidrig war, das heißt wenn das betreffende Vergabeverfahren wegen des Auftragsgegenstandes nur nach einer Bekanntmachung (vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) hätte durchgeführt werden dürfen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (2012), Rz. 269 zu § 312). 5.2. Eine Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 kommt nur in Betracht, wenn die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) rechtswidrig war, das heißt wenn das betreffende Vergabeverfahren wegen des Auftragsgegenstandes nur nach einer Bekanntmachung (vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) hätte durchgeführt werden dürfen vergleiche , Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (2012), Rz. 269 zu Paragraph 312,).

5.3. Die Beschwerdeführerin verweist nun auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach "Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen" sind, "wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen" (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. November 2013, Zlen. 2012/04/0022 und 0023, mit Verweis auf die Urteile des EuGH vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, Slg. 2008, I-04401, sowie vom 13. April 2010 in der Rechtssache C- 91/08, Wall AG, Slg. 2010, I-02815). 5.3. Die Beschwerdeführerin verweist nun auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach "Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen" sind, "wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen" vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 13. November 2013, Zlen. 2012/04/0022 und 0023, mit Verweis auf die Urteile des EuGH vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, Slg. 2008, I-04401, sowie vom 13. April 2010 in der Rechtssache C- 91/08, Wall AG, Slg. 2010, I-02815).

Bezogen auf die Nichtigserklärung von Zuschlagskriterien hat der EuGH im Urteil vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C- 448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich, Folgendes ausgeführt:

"92 Zur Beantwortung der so umformulierten Frage ist darauf hinzuweisen, dass, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren für die öffentlichen Auftraggeber bedeuten, dass sie sich während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssen (in diesem Sinne u.a. Urteil SIAC Construction, Randnr. 43).

93 Für die Zuschlagskriterien selbst gilt erst recht, dass sie während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen.

94 Somit kann im Fall der Nichtigserklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausliefe.

95 Daher ist auf die vierte Frage zu antworten, dass die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665 als rechtswidrig erweist und deshalb von der Nachprüfungsinstanz für nichtig erklärt wird."

Daraus ergibt sich bezogen auf den vorliegenden Beschwerdefall Folgendes:

5.4. Wie in den oben wiedergegebenen Erwägungsgründen des hg. Erkenntnisses vom 6. März 2013, Zlen. 2011/04/0115, 0130 und 0139, ausgeführt, wurde der Auftragsgegenstand der Ausschreibung der mitbeteiligten Parteien durch die teilweise Nichtigerklärung von nicht unerheblichen Spezifikationen (so die Festlegung eines Leitproduktes sowie Festlegungen betreffend die Mindestblattbreite der ausgeschriebenen Produkte) wesentlich (im Sinne einer Änderung des in Frage kommenden Bieterkreises) geändert. So führte der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis vom 6. März 2013 aus, es habe der belangten Behörde bewusst sein müssen, dass durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin, angesprochen werde, was zur Folge gehabt habe, dass eine Streichung dieser Spezifikationen nach § 325 Abs. 2 BVergG 2006 unzulässig war und die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gewesen wäre.

5.4. Wie in den oben wiedergegebenen Erwägungsgründen des hg. Erkenntnisses vom 6. März 2013, Zlen. 2011/04/0115, 0130 und 0139, ausgeführt, wurde der Auftragsgegenstand der Ausschreibung der mitbeteiligten Parteien durch die teilweise Nichtigerklärung von nicht unerheblichen Spezifikationen (so die Festlegung eines Leitproduktes sowie Festlegungen betreffend die Mindestblattbreite der ausgeschriebenen Produkte) wesentlich (im Sinne einer Änderung des in Frage kommenden Bieterkreises) geändert. So führte der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis vom 6. März 2013 aus, es habe der belangten Behörde bewusst sein müssen, dass durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin, angesprochen werde, was zur Folge gehabt habe, dass eine Streichung dieser Spezifikationen nach Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 unzulässig war und die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gewesen wäre.

Eine derartige wesentliche Änderung des Auftragsgegenstandes durch die Vergabekontrollbehörde bedeutet jedoch fallbezogen, wie der EuGH im zitierten Urteil EVN AG vergleichbar zur Nichtigerklärung von Zuschlagskriterien durch die Nachprüfungsinstanz ausführt, dass der Auftraggeber in diesem Fall verpflichtet ist, die Ausschreibung zu widerrufen.

Wenn nun die mitbeteiligten Auftraggeber im vorliegenden Fall beabsichtigten, den solcherart durch die Vergabekontrollbehörde wesentlich geänderten Auftragsgegenstand weiterhin zu vergeben, so hätte dies zunächst den Widerruf der Ausschreibung und sodann eine neuerliche Ausschreibung vorausgesetzt. Anhaltspunkte dafür, dass der wesentlich geänderte Auftragsgegenstand rechtmäßigerweise in einem anderen Verfahren ohne neuerliche Bekanntmachung hätte vergeben werden dürfen, bestehen fallbezogen nicht (vgl. zu dieser Ausnahme, welche einer Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 entgegensteht, Thienel, aaO, mit Verweis auf die Erläuterungen). Wenn nun die mitbeteiligten Auftraggeber im vorliegenden Fall beabsichtigten, den solcherart durch die Vergabekontrollbehörde wesentlich geänderten Auftragsgegenstand weiterhin zu vergeben, so hätte dies zunächst den Widerruf der Ausschreibung und sodann eine neuerliche Ausschreibung vorausgesetzt. Anhaltspunkte dafür, dass der wesentlich geänderte Auftragsgegenstand rechtmäßigerweise in einem anderen Verfahren ohne neuerliche Bekanntmachung hätte vergeben werden dürfen, bestehen fallbezogen nicht vergleiche , zu dieser Ausnahme, welche einer Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 entgegensteht, Thienel, aaO, mit Verweis auf die Erläuterungen).

Daher ist festzuhalten, dass fallbezogen die Voraussetzungen für eine Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006, nämlich dass durch die mitbeteiligten Auftraggeber ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, vorliegen. Daher ist festzuhalten, dass fallbezogen die Voraussetzungen für eine Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006, nämlich dass durch die mitbeteiligten Auftraggeber ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, vorliegen.

5.5. Die belangte Behörde hätte daher in Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin nicht abweisen dürfen, sondern eine Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 zu treffen gehabt. Im Anschluss an diese Feststellung hätte die belangte Behörde von Amts wegen weiter ein Vorgehen nach § 334 Abs. 2 ff BVergG 2006 zu prüfen gehabt (vgl. zur inhaltsgleichen Regelung des § 17 Tiroler Vergabenaachprüfungsgesetzes das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0116).

5.5. Die belangte Behörde hätte daher in Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin nicht abweisen dürfen, sondern eine Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 zu treffen gehabt. Im Anschluss an diese Feststellung hätte die belangte Behörde von Amts wegen

weiter ein Vorgehen nach Paragraph 334, Absatz 2, ff BVergG 2006 zu prüfen gehabt vergleiche , zur inhaltsgleichen Regelung des Paragraph 17, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0116).

6. Aus diesen Erwägungen hat die belangte Behörde Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Diese Rechtswidrigkeit schlägt infolge des untrennbaren Zusammenhanges auch auf die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides durch, weshalb der angefochtene Bescheid in seinem gesamten Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war. 6. Aus diesen Erwägungen hat die belangte Behörde Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Diese Rechtswidrigkeit schlägt infolge des untrennbaren Zusammenhanges auch auf die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides durch, weshalb der angefochtene Bescheid in seinem gesamten Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben war.

7. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht (gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG sowie § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014) auf den §§ 47 ff VwGG iVm § 1 der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 7. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht (gemäß Paragraph 79, Absatz 11, letzter Satz VwGG sowie Paragraph 3, Ziffer eins, der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 518 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 8 aus 2014,) auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit Paragraph eins, der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 27. Oktober 2014

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2014:2013040104.X00

Im RIS seit

21.01.2015

Zuletzt aktualisiert am

22.01.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at